COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN

(Sesión celebrada el día 23 de octubre de 2018).

SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Son las 14:41).

–Dese cuenta de los asuntos entrados.

(Se da de los siguientes).

«–Carpeta n.º 1212/2018. Pensión Alimenticia. Se establece la imposición de efectuar declaración jurada de bienes e ingresos de los deudores alimentarios. Proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes (distribuido en elaboración).

–Carpeta n.º 1215/2018. Derecho de petición. Un ciudadano de conformidad con lo establecido en los artículos 30 y 318 de la Constitución de la república presenta una petición relacionada con las actuaciones de una comisión preinvestigadora del Senado referente a la comisión de presuntos delitos por parte de integrantes del régimen de facto (distribuido en elaboración)».

–Las visitas están citadas para la hora 15, por lo que podríamos comenzar a analizar el proyecto de ley que modifica el capítulo XI del Código de la Niñez y la Adolescencia. En el día de ayer hicimos algunas adecuaciones junto con la secretaría, que distribuimos a todos los miembros de la comisión. Si están de acuerdo, podemos estudiar artículo por artículo.

Léase hasta el artículo 117 incluido del artículo 1.º del proyecto de ley.

(Se lee).

«Artículo 1. Sustitúyense los artículos 117 a 130 del CAPÍTULO XI de la ley No. 17823 de setiembre de 2004 por los siguientes:

CAPITULO XI

Protección de los derechos amenazados o vulnerados de las

niñas, niños y adolescentes

Artículo 117- Principio general. Siempre que los derechos de las niñas, niños y adolescentes sean amenazados o vulnerados, se aplicarán las medidas que dispone este título».

SEÑORA MOREIRA.- La idea es nombrar al Código de la Niñez y la Adolescencia en el acápite del artículo 1.º y expresar: «Sustitúyense los artículos 117 a 130 del CAPÍTULO XI del Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley Nº 17.823 de 7 de setiembre de 2004, por los siguientes:». Se trata de una corrección formal.

SEÑORA PAYSSÉ.- Voy a hacer una pregunta técnica.

Quisiera saber si habría que agregar la expresión «y modificativas» habida cuenta de que fue modificado. El Código de la Niñez y la Adolescencia tiene una serie de modificaciones; por lo tanto,

hago esta pregunta a los efectos de ver si es o no necesario que se agregue lo que expresé anteriormente.

SEÑOR PRESIDENTE.- Este capítulo no tiene modificaciones, por lo que no es necesario.

SEÑORA PAYSSÉ.- Perfecto, señor presidente.

SEÑOR BORDABERRY.- Voy a dejar una constancia. No estoy de acuerdo con el exceso de palabras para cumplir con el lenguaje inclusivo, es decir, esto de poner niños, niñas y adolescentes. Lo expreso ahora porque veo que viene después y ya dejo la constancia y no me refiero más al tema.

¿Que no esté incluido el inciso segundo en el artículo 117 es porque obviamente se aplican las nuevas normas del Código del Proceso Penal, y por eso se elimina?

SEÑOR PRESIDENTE.-Sí, señor senador.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar el artículo 117 como fue leído por la secretaría.

(Se vota).

–6 en 7. **Afirmativa.**

Léase el artículo 118.

(Se lee).

–«Artículo118. Derechos de las niñas, niños y adolescentes).- En los procedimientos administrativos y judiciales de restitución de derechos vulnerados o amenazados, deberá velarse para que durante éstos se garantice a toda niña, niño o adolescente el derecho:

A recibir un trato digno, que tenga en cuenta su edad y las especiales circunstancias que atraviesa.

A que, cualquiera sea su edad, se tenga especialmente en cuenta su opinión, necesidades y expectativas para la efectiva restitución de sus derechos, atendiendo en todos los casos el principio de autonomía progresiva.

A no ser discriminado por su sexo, edad, origen étnico, racial, orientación sexual, identidad de género, condición económica, social, situación de discapacidad o lugar de origen o residencia.

Al asesoramiento y patrocinio letrado.

A ser acompañado en todas las instancias por una persona adulta de su confianza, si lo deseare.

Al respeto de su vida privada, su identidad e intimidad.

A ser informado respecto al estado de las actuaciones, y las posibles resultancias del procedimiento.

A la reparación integral del daño, disponiéndose, a través de los organismos competentes en cada caso, medidas y acciones para la restitución de los derechos vulnerados, que deberán comprender, como mínimo, la atención y el restablecimiento de su salud psicofísica.

SEÑORA MOREIRA.- Hay una sugerencia de modificación en el literal B) del artículo 118. El comienzo quedaría igual y donde dice «en todos los casos» se establece «en los casos que corresponda el principio de autonomía progresiva». Esa sería una de las correcciones. La segunda es en literal E) se estaría proponiendo eliminar «si lo deseare» y se mantendría el principio global de siempre ser acompañado. Esas serían las modificaciones

SEÑOR PRESIDENTE.- El derecho que tiene un niño, una niña y un adolescente es a ser acompañado en todas las instancias por una persona adulta de su confianza.

SEÑORA MOREIRA.- Porque es un derecho.

SEÑORA PAYSSÉ.- Señor presidente: a mí me gustaría que la expresión «si lo deseare» quedara, pero podemos discutirlo. Tengo claro que en función de la autonomía progresiva tienen derecho a la confidencialidad, por lo menos en temas de salud sexual y reproductiva y demás. Entonces, pueden no desearlo; y si dejamos el artículo sin la fórmula «si lo deseare», quedaría como una cuestión imperativa o taxativa.

Si vamos a la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, veremos que en función de la autonomía progresiva las adolescentes tienen derecho a la confidencialidad y a atenderse de manera particular, sin la necesidad de los adultos referentes. Entonces, me parece que la expresión «si lo deseare» corresponde, pero estoy dispuesta a razonar en voz alta.

SEÑORA AYALA.- Creo que a veces analizamos las cosas desprendiéndonos del acápite del artículo. Si leemos el acápite, vemos que el ser acompañado en todas las instancias por una persona adulta de su confianza es, simplemente, un derecho más que se le da. ¿Por qué agregar «si lo deseare»? Es un derecho que tiene, opta por ejercerlo o no.

SEÑOR MIERES.- Estoy de acuerdo con lo expresado por la señora senadora Ayala.

SEÑOR PRESIDENTE.- Propongo que votemos el artículo 118 con las propuestas de modificación que hizo la señora senadora Moreira y que luego recibamos a las autoridades del Tribunal de Cuentas, que están afuera.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota).

–8 en 8. **Afirmativa.** UNANIMIDAD.

(Ingresan a sala las autoridades del Tribunal de Cuentas).

–Se pasa a considerar la Carpeta n.º 1184/2018, referida a Contratos del Estado.

Damos la bienvenida a las autoridades del Tribunal de Cuentas, a su presidenta, contadora Susana Díaz, al ministro magister ingeniero Miguel Aumento y al ministro doctor Francisco Gallinal.

La invitación que les formulamos es para hacerles una consulta acerca de un proyecto a estudio de la comisión relativo a la modificación del artículo 46 del Tocaf.

SEÑORA DÍAZ.- Muchas gracias por la invitación. Estamos representando al resto del cuerpo de ministros.

En primer lugar, quiero decir que nos hemos reunido con el directorio de ASSE, para analizar la propuesta realizada por ellos, como también algún comentario de Fepremi. Asimismo, en el día de hoy estuvimos reunidos para consolidar la opinión del Tribunal de Cuentas, en su mayoría y con algunas salvedades. En ese sentido, la mayoría, de la que formo parte, no está de acuerdo con más excepciones al Tocaf porque cree que no son saludables. Es decir, no hay que seguir agregando causales de excepción individuales. No obstante, por mayoría, se votó la posibilidad de plantearles a ustedes la dificultad que tiene el Tribunal de Cuentas en el momento de interpretar. Mejor dicho: hace un tiempo realizó una interpretación sobre el alcance de la palabra «Administración» que figura en el numeral 1º del artículo 46 del Tocaf. Nosotros entendemos que eso es lo que ha provocado una buena

cantidad de observaciones por parte del tribunal, dado que antes los problemas que tenían las unidades ejecutoras eran dentro de sí mismas y no con otras unidades ejecutoras a los efectos de la posibilidad de contratar con el Estado. Como integrante del tribunal, y por lo que conozco personalmente del presupuesto nacional, se interpretaba a nivel de unidad ejecutora y no de inciso, o de Administración central, o presupuesto nacional o del Estado como persona pública mayor. Al incorporarse esta nueva redacción en el texto del artículo 46 donde se establece «Administración», el Tribunal de Cuentas hizo una interpretación, obviamente, basada en sus informes jurídicos, que decía que la palabr4a «Administración» corresponde al inciso. O sea que se llevó esa incompatibilidad para contratar con el Estado a nivel de los incisos, lo que subió un poco la vara con respecto a lo que eran las incompatibilidades anteriores.

Entonces, la mayoría del tribunal decidió que sería muy bueno que se llegara a definir el alcance de la palabra «Administración», a los efectos de aplicarse a todos por igual. Entendemos que, en el caso de ASSE, si la palabra «Administración» se interpreta como que la incompatibilidad es a nivel de unidad ejecutora, eso haría que gran parte de los problemas que ha presentado hasta ahora la contratación de determinado tipo de servicios o personal, estaría bastante mitigada, aunque no eliminada del todo porque conocemos las complicaciones que tiene la salud en el país en general, sobre todo, en el interior. Incluso, ahora se han flexibilizado los casos de frontera.

Realmente, no es que nosotros no seamos sensibles a los problemas que tiene ASSE, sino que nuestra tarea es la legalidad. Y el control de la legalidad, de acuerdo a los parámetros que viene aplicando el Tribunal de Cuentas, es sobre la base de la definición y la interpretación que se hizo, y se aceptó, en cuanto a que la palabra «Administración» refiere a inciso contratante.

Por otro lado, a algunos ministros la flexibilización les parece un poco difícil de llevar, dado los problemas que se pueden suscitar. Es por eso que acá estamos representadas las voces de todas las opiniones, a pesar de que la mayoría del tribunal ha tomado posición porque al definir «Administración», para el tribunal va a ser mucho más fácil la tarea del control de la legalidad. O sea que no debería interpretar, sino que se aplicaría lo que el texto de la norma indica.

Esa es nuestra posición respecto a lo que podría incorporarse para mitigar, en parte, los reclamos que tiene el organismo como inciso, y en parte para que el tribunal aplique a todos los incisos de la Administración central y del presupuesto nacional la misma norma, sin lugar a ninguna interpretación que pudiera vulnerar, incluso, el espíritu de quienes han redactado y votado la ley.

De mi parte, si tienen alguna duda sobre esta posición, estoy a las órdenes. Si no, le daría la palabra al ministro Gallinal, que es parte de la minoría en esta votación que se tuvo en el Tribunal de Cuentas.

SEÑOR GALLINAL.- A principios de la legislatura pasada, en una de las primeras sesiones se pidió un cuarto intermedio para tratar un tema que tenía ciertas dificultades. En esa oportunidad se reunió la bancada de senadores y recuerdo que, para sorpresa de todos los integrantes del Partido Nacional, el senador Chiruchi dijo: «Yo soy nuevo en esto. Explíquenme». Y yo digo que soy nuevo en esto.

La opinión que ha dado la señora presidenta es la del Tribunal de Cuentas. El hecho de que se apruebe por mayoría no significa que no sea la opinión de la institución. Me parece que es importante que quede claramente de manifiesto.

Sin perjuicio de ello, en ocasión de la reunión que tuvimos hoy, entendimos que era buen insumo para la comisión que le aportáramos la posición que sustentamos el ministro Ezcurra, el ministro Long y quien habla en esta circunstancia, que es una opinión coincidente.

En primer lugar, señalo que es evidente que la legislación que se vaya a aprobar va a alcanzar a esta Administración por poco más de un año, pero es una legislación que se piensa siempre para los próximos años, lo que nos quita, en parte, una posición subjetiva o de un posible razonamiento político. Gane quien gane, en las próximas elecciones, seguramente a comienzos del año correspondiente, habrá renovación de autoridades y estas en su mayoría o en su unanimidad, pertenezcan al partido que pertenezcan, se van a regir por las mismas normas que nosotros defendemos hoy y que defenderemos en el día de mañana.

Nadie puede negar la buena voluntad del actual presidente de ASSE, que llegó con ánimos de renovación, de cambio y de tratar de ajustarse a derecho. En el Tribunal de Cuentas son muchas

más las observaciones que recibe ASSE que la intervención del gasto. A nosotros nos parece que hay un error cuando se asocia el tema a ASSE. Es un problema de enfoque: fíjense ustedes el devenir de la discusión de los últimos meses en el Senado o en el Parlamento. La primera propuesta que se hizo sobre este tema, que está en la versión taquigráfica de la comisión, fue la de endurecer las normas. Esa iniciativa –que se presentó en un primer momento– probablemente surgió como consecuencia de acontecimientos extraordinarios que estaban sucediendo en esos tiempos en donde la expresidenta de ASSE fue llamada a declarar en el juzgado y en la Cámara de Representantes hubo quienes decidieron elevar los antecedentes a la justicia. En realidad, el problema no es ASSE sino los conflictos de intereses que permanentemente se plantean cuando llega el momento de contratar con la Administración pública. Esto es una constante. En ese conflicto de intereses no tenemos competencia para analizar la oportunidad ni la conveniencia del gasto, del contrato ni del acuerdo que se está realizando; la única potestad con que contamos es la de aprobar u observar la legalidad de lo que se está haciendo.

A nuestro juicio, en el caso de ASSE el tema se complica más por dos razones. El gremio médico–empresarial es muy fuerte y tiene una presencia a lo largo y ancho del país que está fuera de discusión. Esa presencia legal en el cumplimiento de sus responsabilidades y obligaciones en competencia entre privados por lograr mejores servicios y obtener mayor cantidad de afiliados, tiene sus propias debilidades. Es común y corriente en todo el país que principales directivos o asociados de cooperativas trabajen para una empresa privada de salud y, a su vez, para la salud pública. Entonces, cuando llega el momento de realizar la contratación se produce el conflicto de intereses y, repito, nosotros debemos analizar esa juridicidad. Ese conflicto de intereses, aunque no exista –como probablemente no suceda en la mayoría de los casos– abuso o algo fuera de la ley, genera un daño muy grande a la transparencia. Consideramos que tal como están dadas las circunstancias no es un momento oportuno para aflojar la mano, mucho menos para improvisar. Además, hemos visto que existen diferentes propuestas. Están quienes pretenden que la excepción sea para ASSE y quienes desean que tenga un carácter general. Si bien se elogia –y respeto las razones del Tribunal de Cuentas– que sería mejor la generalización, consideramos que esta es más grave porque estamos aflojándole no solamente a un sector de la economía, como es el médico, sino que le estamos facilitando las cosas a todos los sectores para cuando llegue el momento de analizar si merece o no una objeción de legalidad.

Me parece que hay un argumento que no se puede olvidar en ningún momento, es ilevantable, y es que el Tribunal de Cuentas cuando observa un gasto, no tiene competencias para impedir su concreción. La autoridad competente reitera el gasto y con eso celebra el contrato, convenio o acuerdo que desee celebrar. O sea que ahí no encuentra limitaciones de ninguna naturaleza. Es una realidad que arranca desde que en el año 1933 se reformó la Constitución de la república. El doctor Espalter fue quien redactó este aspecto y la idea que se le ocurrió fue que ante la reiteración del gasto se enviaran los antecedentes a la Asamblea General para que laudara y han pasado 85 años y a nadie se le ha ocurrido una idea mejor.

¿Por qué a nadie se le ocurrió una idea mejor? Porque si el Tribunal de Cuentas tuviera la competencia de paralizar la acción, se paraliza la acción del Estado. Entonces, no nos olvidemos que en todos aquellos casos en que se esgrime el argumento de que hay que facilitar, en realidad la facilitación ya está dada por el hecho de la reiteración del gasto.

Otro tema que se plantea es que en algunos departamentos del interior no existen tantos oferentes como eventualmente pueden existir en Montevideo, Maldonado, Colonia y Canelones, por citar algunos. Nosotros opinamos que no es un problema de oferentes sino de rentabilidad y que, entonces, ahí la solución sería un poco más de imaginación al momento de convocar las licitaciones porque, obviamente, si se convoca a una licitación para atender exclusivamente la localidad de Pirarajá o el norte del departamento de Lavalleja, seguramente la cantidad de interesados se va a restringir en grado sumo porque los habitantes son menos y el poderío económico también es menor. Entonces, a nuestro juicio, lo que debería hacer ASSE en circunstancias como esas es buscar compensar de alguna manera que así como se está licitando un conjunto de servicios en una zona más carenciada o con mayores dificultades, conjuntamente se licita una zona cercana adyacente donde hay mayor interés y eso puede concluir en una mayor cantidad de oferentes.

Después, nosotros consideramos que es verdad que el artículo 46 del Tocaf –que es el que estamos discutiendo– cuando expresa «Administración contratante» no dice quién es, y esto hay que solucionarlo.

SEÑOR PRESIDENTE.- No es minoría, es mayoría; quizás, sería el acuerdo de la mayoría.

SEÑOR GALLINAL.- Lo que yo estoy señalando es que de la ley no surge; dice «Administración contratante». El Tribunal de Cuentas tradicionalmente ha interpretado que la «Administración contratante» es el inciso y hay quienes pretenden que sea la unidad ejecutora.

SEÑOR PRESIDENTE.- Es al revés.

SEÑORA DÍAZ.- No es así; hubo un cambio reciente en la redacción del artículo 46 y, anteriormente, siempre fue a nivel de la unidad ejecutora. Creo que esto cambió con la penúltima corrección del 46. Se cambió, porque cambió el ámbito.

SEÑOR GALLINAL.- En dos oportunidades la propia ASSE consultó al Tribunal de Cuentas y este, cuando recibe una consulta, le adelanta al organismo consultante que la opinión del Tribunal de Cuentas es vinculante. Es decir, si el organismo que hizo la consulta decide recorrer un camino diferente, va a merecer una observación, porque se le brindó de antemano con carácter vinculante para el tribunal, no para alguien más, porque la posibilidad de reiterar el gasto siempre existe.

Después, ya llegando al final, el artículo 33 del Tocaf tiene, por lo menos, 37 excepciones y me acotan que, a partir del 1.º de enero, va a tener 40 excepciones. La pregunta es: ¿cuántas vamos a establecer en el artículo 46? ¿Vamos a empezar ahora con el artículo 46 a recorrer el mismo camino que con el artículo 33? Se agotaron las letras, se agotó el abecedario al momento de poner los incisos del artículo 33.

En el material que trajimos tenemos las consultas planteadas por ASSE en su momento, y el pronunciamiento del Tribunal de Cuentas –antes de la vigencia de los artículos modificados– era contundente y expresaba que la Administración no podrá contratar, en ningún caso, con personas jurídicas cuya dirección esté a cargo de personas que revistan la calidad de funcionarios de esa Administración o mantengan un vínculo de cualquier naturaleza con esta. Asimismo, se indica que en el caso de que la contratación se realice con personas jurídicas en las que funcionarios del organismo revistan la calidad de dependientes, estos no podrán participar en el procedimiento licitatorio, a no ser que se deje constancia de esa circunstancia en el expediente, no pudiendo participar en ningún caso si se hubiera tenido participación en la etapa preliminar del procedimiento.

Otro problema que se plantea usualmente es el siguiente. Pensemos en el ejemplo de los integrantes de la directiva de una sociedad médica o de una cooperativa; ellos no pueden contratar directamente con el Estado. Ahora bien, a veces, la comisión directiva está integrada por 15 vocales, la comisión de tesorería tiene un titular y cuatro suplentes, la comisión fiscal también tiene un titular y cuatro suplentes, y así lo mismo con varias comisiones. Al tribunal se le plantea: ¿hasta dónde alcanza la limitación? ¿Tenemos potestad para recortar y establecer que es solo a los titulares? ¿O solo a los integrantes de la comisión directiva? La posición que ha sostenido el tribunal hasta hoy es que los comprende a todos; que no puede distinguir entre la calidad de titular y la calidad de suplente al momento en que debe pronunciarse sobre el tema.

Esto es básicamente el aporte que quería hacer en nombre de quienes les he referido. Este material, que dejaremos al señor presidente, contiene un trabajo muy bueno realizado por la división jurídica del Tribunal de Cuentas, absolutamente objetivo. Lo único que contiene este trabajo son las normas jurídicas que regulan toda la acción en esta materia. Pienso que puede ser de interés, porque se pueden evitar contradicciones.

Muchas gracias.

SEÑOR MICHELINI.- Antes que nada agradecemos la presencia de los miembros del Tribunal de Cuentas, y que podamos desarrollar en forma coloquial esta sesión.

A continuación, quiero decir que nosotros tenemos un problema, un problema grave. Más allá de que haya tantas excepciones, cada una de ellas estará fundamentada en el momento en que se estableció. Pero hay un problema importante para el que debemos encontrar una solución. La gente de ASSE nos dice, «Bueno, nosotros reiteramos el gasto, y ya está, porque, si no, en algunos casos podemos tener un problema de omisión de asistencia». Pero, a los efectos de la transparencia, si ASSE reitera el gasto en forma permanente, no podemos dilucidar los momentos en que la reiteración de gasto no implica un conflicto de intereses y aquellos en que sí lo genera. De modo que no estamos contribuyendo con el tema de la transparencia. A la vez, como se reitera el gasto en todo, se considera que es la costumbre, en cuyo caso estamos en la misma situación.

Por eso considero que cometemos un error, entre otras cosas, porque hay un fundamento y, más aún, si figura la interpretación de la Administración. Si pudiéramos diferenciar el accionar de cada unidad ejecutora, ahí empezaríamos a desenredar la madeja.

¿Cuál es el conflicto que nosotros tenemos? Es que a nivel de la salud, si tomamos a ASSE como un solo operador, prácticamente no podemos tener proveedores de servicios, porque están intercruzados los intereses, por ejemplo, de médicos que trabajan en dos lugares, por lo que podría ser observado cualquier tipo de contrato. Si lo tomamos como unidades individuales, por departamento, podemos estar encareciendo notoriamente el presupuesto –porque, por ejemplo, los servicios que están en Florida hay que contratarlos en Durazno y los que están en Salto hay que contratarlos en Paysandú–, cuando el tema de la salud debería ser complementario.

Si quienes deciden la licitación están a ambos lados del mostrador estamos ante un lío. Es más, puede haber un lío adicional porque a veces no están de los dos lados, pero pueden estar generando la necesidad. Es decir, no está en el proceso licitatorio, genera la necesidad, el único oferente está en el pueblo y resulta que la necesidad no era tal.

El Tribunal de Cuentas puede decir que está para fiscalizar y nosotros para legislar. También puede decirnos que si hay un problema, en una semana nos acercan una posible solución, no desde el punto de vista político –es decir, si es conveniente o no, si va a haber una nueva Administración o no–, sino cómo separamos los problemas de las personas que están de los dos lados del mostrador con procesos licitatorios transparentes, aunque en ASSE trabaje un médico de la cooperativa a la que se le van a contratar los servicios. Incluso, podría darse la situación de que la cooperativa contratara los servicios a ASSE –verá si son mejor o no– que incluso esta podría canjear, y a su vez contrataría servicios en otro departamento, pero no en su propia ciudad.

Hay dos caminos: uno es que el Tribunal de Cuentas fiscalice la legalidad y nosotros legislemos, y el otro que si tenemos problemas para mantener la transparencia se nos aconseje determinada redacción y luego veremos lo que hacemos. Esto no tiene que ver con el hecho de que haya cambio de gobierno, sino que a los efectos del tribunal se podría estar preservando el objetivo de la transparencia y a la vez permitiendo la complementación y abaratamiento de los servicios que se dan en toda situación de salud.

¿Qué se logra con esto? Si el tribunal observa es porque hay un problema de conflicto de intereses. Esto es lo que necesitamos; no importa si después se reúne la Asamblea General, sino que nos importa saber cuándo hay conflicto de intereses y cuando no los hay. Hablamos de una norma que le permita decir al tribunal –no a nosotros, sino al país– que no hay observaciones porque no hay conflicto de intereses, o sí las hay porque hay conflicto de intereses. Entonces, cuando no se observa todo, lo que se observa es grave.

Si el tema es: hagamos lo que hagamos, nos esforcemos lo que nos esforcemos igual vamos a tener que reiterar el gasto, al final se reitera y se reitera porque la Administración debe preservar la salud. Después se generarán situaciones o problemas de conflicto de intereses que no sé dónde van a terminar.

Si nos pudieran ayudar sería bárbaro. Si creen que no están en condiciones o que legalmente no está permitido, buscaremos la redacción más adecuada. Este, para nosotros, es un punto fuerte porque el directorio está precisando separar la paja del trigo, es decir, separar una cosa de otra y saber exactamente cuál es el marco legal que determina que hay o no conflicto de intereses.

Esa era la inquietud a plantear, señor presidente.

SEÑOR BORDABERRY.- Quiero hacer dos consultas. La primera tiene que ver con que la norma proyectada me parece que pasa violentamente de un lado a otro cuando dice: «podrá darse curso a las ofertas cuando las personas no tengan poder de decisión en el proceso de adquisición». Me gustaría conocer la opinión de nuestros invitados porque, de acuerdo a esta norma, supongo que podría haber alguna persona que asesore o recomiende contratar a alguien aun sin tener poder de decisión, el que sería, en definitiva, del jerarca correspondiente. Nos podemos encontrar con que alguien asesoró o recomendó y, como no es quien decide, se le pueda adjudicar a su empresa. Hasta podría recomendar y asesorar a su empresa, tal como está redactado esto.

Me parece que nos vamos para el otro lado; esa sería mi preocupación porque sería peor la enmienda que el soneto.

Lo otro, en lugar de ir por la modificación de la norma, es saber si no está previsto ya en el artículo 37 del Tocaf cómo deberíamos proceder porque esta disposición es muy clara en cuanto a que establece que el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado, «podrá promover regímenes y procedimientos de contratación especiales, basados en los principios generales de contratación administrativa», esto es, obviamente, con dictamen favorable previo del Tribunal de Cuentas e informando, después, al Parlamento.

Entonces, si esta es una situación muy particular de contratación, ¿por qué no se sugiere a ASSE que vaya por este camino? Me refiero a que tenga el asesoramiento de la agencia de compras y el dictamen del Tribunal de Cuentas y después nos informa; esto lo aplicaría directamente. Consulto si no deberíamos ir por ese procedimiento, que ya se previó en la propia ley.

Esas son las dos preguntas que quería hacer, gracias.

SEÑOR AUMENTO.- Buenas tardes. No había hecho ninguna intervención todavía porque suscribo, en términos generales, la posición en mayoría del tribunal, que fue esgrimida por la señora presidenta.

Entiendo las dos preguntas planteadas por el señor senador Bordaberry. Efectivamente, la expresión «poder de decisión» debería eliminarse, a mi juicio. Aclaro que esta es una opinión personal porque no lo hemos discutido en el cuerpo a ese nivel de detalle.

Se puede intervenir sin tener poder de decisión y, de alguna manera – indirectamente– ir hacia un conflicto de intereses. Sería bastante mejor decir que no se debe tener ningún tipo de intervención o intervención alguna en el proceso de contratación. Desde el punto de vista personal –disculpen los ministros presentes– pienso que, efectivamente, el tema del poder de decisión debería eliminarse e ir por el lado de que no se pueda intervenir de forma alguna en el proceso de contratación.

Quería explicar más o menos, además, que el artículo 37 va por el lado de los procedimientos especiales de contratación mientras que el artículo 46 tiene que ver con quién es capaz o incapaz de contratar con el Estado. Creo que el procedimiento correcto, si así lo entiende pertinente el Parlamento, sería cambiar la redacción del artículo 46 o hacer una excepción para el caso de ASSE. Quiere decir que no sería el camino correcto ir por el artículo 37 que mencionó el señor senador Bordaberry.

Soy uno de los miembros del Tribunal de Cuentas que tiene más discordias con el tema de ASSE y quedo en una posición aislada porque la casuística de ese organismo es inconmensurable. Miren lo que hizo el Tribunal de Cuentas el 17 de octubre de 2018, cuando 16 contadores delegados de ASSE trajeron entre 20 y 25 casos específicos –de todo tipo y color– para consultar si había incapacidad para contratar con el Estado o no. Llegamos a la conclusión –y así contestamos– que es difícil establecer reglas generales para caracterizar las contrataciones sobre casos hipotéticos sin entrar en el análisis de cada contrato, con las complejidades y particularidades que presenta. Así que les dijimos que a cada expediente sobre el que tengan dudas, lo manden al tribunal. Como decía el ministro Gallinal, están los casos de un segundo suplente de tesorero, un simple cooperativista de una cooperativa médica o de alguien contratado por comisión de apoyo de ASSE, en cuyo caso hay que analizar si tiene vínculo laboral con dicha Administración. Por lo tanto, según la opinión de la mayoría del tribunal –sin desmedro de lo que dice el senador Michelini, en el sentido de que podemos ayudar dando un lineamiento claro para poder redactar algo–, si se cambia el actual artículo 46 del año 2011 o la interpretación que tiene el tribunal sobre este artículo, muchos de los casos en los que ASSE se ve impedido de contratar porque sería observado por el tribunal, serían excluidos. Para ello basta con interpretar que Administración contratante es a nivel de la unidad ejecutora para que el tema, al menos, termine a ese nivel y no a nivel del inciso.

La propuesta de ASSE, del Ministerio de Salud Pública y de Fepremi va bastante más allá, es decir, a si hay o no conflicto de interés y no tanto al vínculo funcional. Aquí radica una de mis discordias aunque sé que puede haber distintas interpretaciones sobre lo que significa un conflicto de interés. En esencia, ¿qué pasa en la Administración pública? ¿Qué significa tratar de evitar un conflicto de interés? Que no se oriente o determine la selección de una oferta que no sea la mejor para la Administración. En definitiva, esto es lo que tenemos que tratar de preservar.

Quiero aclarar que cuando ASSE nos hizo llegar la consulta el tribunal dio una respuesta, no hizo una observación. En enero o febrero de 2017 no se hizo una observación sino que el tribunal respondió una consulta que hizo ASSE ante una licitación. En ese caso, el tribunal concluyó que la Administración contratante era el inciso. Quizás los señores senadores pueden cambiar la redacción a los efectos de que la Administración contratante se lea como unidad ejecutora o a nivel de ordenador de gastos. Me han dicho que la doctora Cristina Vázquez, en un informe pedido por el Ministerio de Salud Pública –aclaro que no lo tengo en mis manos y que me lo han leído resumidamente y en forma telefónica– entiende que es inapelable el hecho de que se debe interpretar que la Administración contratante es unidad ejecutora. Tengo que decir que informalmente he planteado a algún amigo en ASSE la consulta de por qué no reiteran una licitación con los argumentos dados por la doctora Cristina Vázquez en la interpretación del artículo 46 del Tocaf o, incluso, por el doctor Delpiazzo en un caso similar. El tribunal tiene una opinión jurídica distinta por lo que podría analizar nuevamente la situación con la respuesta de nuestros servicios jurídicos a esa consulta y también ver la opinión de los demás.

Desde el punto de vista personal –no quiero hablar en nombre de los miembros del tribunal– siempre estamos dispuestos a ayudar. Durante estos días hicimos un esfuerzo para, al menos, ponernos de acuerdo en mayoría respecto a qué responderles en el día de hoy, porque su preocupación también es nuestra. Esto es lo máximo a que pudimos llegar porque el tribunal es un órgano colegiado de siete miembros y además, los siete ministros tenemos matices respecto a esta situación del artículo 46 y ninguno coincide con el otro en exactitud. Entonces, nos pusimos de acuerdo en traer al menos una posición del tribunal en el sentido de que entendemos que no son buenas las excepciones, aunque a veces son necesarias. Quizás ASSE necesita una excepción –no son buenas– y entendemos que sería bueno que el Parlamento interprete o deje claro qué es Administración contratante. A su vez, obviamente acordamos –no hacía falta ni acordarlo– que los que quedaran en minoría pueden esgrimir sus argumentos porque eso enriquece el trabajo de la comisión.

En consecuencia, creo que he contestado a las dos preguntas específicas que hizo el señor senador Bordaberry. Respecto a la del poder de decisión nos parece que está equivocado y que no debería decirse y, además, cabe señalar que el artículo 37 está hecho para procedimientos especiales de contratación, en el sentido de la factibilidad de la oferta, de la fase preparatoria, etcétera y no tanto para inhibir o no la capacidad de contratar con el Estado.

SEÑOR GALLINAL.- Quería señalarle al señor senador Michelini –y creo que él lo entiende así– que de ninguna manera venimos a decir «legislen en lo que tienen que legislar y vamos a estar a lo que ustedes decidan». Vamos a estar a lo que decidan una vez que tengamos la ley, pero aquí hemos venido con soluciones. El Tribunal de Cuentas se ha pronunciado y ha decidido lo que ha expresado la señora presidenta y, a efectos de lo que se propone, creo que decir que estamos, en el caso de la Administración contratante, frente a una unidad ejecutora y no frente al inciso es un paso enorme.

Quiero agregar algo más porque es muy cierto lo que dijo ministro Aumento. En primer término, estamos trabajando con el propósito de que una vez culminadas las elecciones nacionales se pueda entregar al Parlamento Nacional una propuesta de reorganización, renovación y actualización del Tribunal de Cuentas. Ello supone, entre otras cosas, aprobar un proyecto de ley que derogue o modifique de un plumazo 8, 9 o 10 artículos del Tocaf con los que el Tribunal de Cuentas discrepa, pero como están en la ley los tiene que aplicar. Voy a dar un ejemplo sencillo: todas las observaciones tienen el mismo alcance, no cambia la sanción para el observado. Ahora, cuando el que realiza una licitación le exige al que comparece que presente el recibo de compra del pliego de condiciones, tenemos que observar a la intendencia departamental porque el pliego tiene que decir que se exige el recibo. Ejemplos como ese tenemos varios para modificar.

Venimos con el propósito de aportar soluciones. Los senadores escucharon las del Tribunal de Cuentas y tuvieron oportunidad de escuchar la nuestra. Nosotros no resolvemos conflictos de intereses. No es correcta esa afirmación. Se lo digo al senador Michelini. Los conflictos de intereses no nos incumben. Resolvemos la legalidad o ilegalidad de esos posibles conflictos de intereses.

En segundo lugar, quiero agregar algo que me parece muy importante, tan importante como cuando dijimos que la Administración tiene la posibilidad de reiterar el gasto, que es la última etapa. Cuando un expediente llega al Tribunal de Cuentas por una compra o una licitación restringida, el tribunal lo observa y lo devuelve al organismo para que levante la observación. Es más fácil reiterar el gasto que levantar la observación. Les confieso una anécdota que seguramente sea común a los siete ministros del Tribunal de Cuentas. Muchas veces distintos organismos están apurados porque salgan las resoluciones. Una vez me llamó un jerarca y me dijo: «Sacámelo cuanto antes», a lo que le respondí: «Mirá que vino observado» y la contestación fue: «Ah no importa. Yo reitero el gasto». Se ha hecho una cultura en ese sentido, a tal punto que en los funcionarios y en nosotros existe una suerte

de frustración. Observamos, observamos y observamos pero la mayoría de las veces esas observaciones quedan por el camino.

Creo que si aflojamos en esta circunstancia es peor. Me parece que hay que pensar bien en qué forma se puede flexibilizar sin ir al otro extremo, porque nos estamos yendo al otro extremo. Pienso que tenemos que actuar de hecho en muchas circunstancias y las pongo de manifiesto.

Hay departamentos del interior –no sé si en Montevideo se repite– en los que el director del CTI del hospital es el director del CTI privado. Entonces, muchas veces sucede que el hospital deriva pacientes al CTI privado. ¿Alguien se va a animar a decirle que no? Si esa persona llega a fallecer o a tener algún problema y si en realidad el CTI privado –como muchas veces pasa– está mejor equipado, esa es una complicación.

Otra solución que se me ocurre que hay que implementar de una manera diferente es la relativa a las declaraciones juradas. Si bien legalmente una declaración jurada falsa amerita una denuncia penal, cuando se exige –como se hace a quienes participan en licitaciones de esta naturaleza, en donde puede haber intereses superpuestos, que realicen declaración jurada de cuál es su grado de parentesco o de vinculación con la empresa– bajo apercibimiento de lo que corresponda por derecho y cuando incumplan o se verifique que son falsas, se puede presentar la denuncia respectiva. Esa es otra cosa que no se acostumbra.

SEÑOR HEBER.- Me sumo a los saludos y a la bienvenida a los miembros del Tribunal de Cuentas. Procuro tratar de aprender un poco cuando escucho a los que conocen este tema e intento bajar a un entendimiento más lineal. A ver si me explico y entendí bien.

La interpretación del Tribunal de Cuentas de que la Administración contratante refiere al inciso y no a la unidad ejecutora, no fue siempre así. Me pareció entender que antes se interpretaba que era la unidad ejecutora, pero pido que se me explique después. Si eso es así y tenemos una historia antes de que la interpretación era la unidad ejecutora y no el inciso, ¿resolvía estos problemas? ¿No existían estas observaciones? Lo pregunto para poder entender un poco el tema.

De llegar a entenderse que la Administración contratante es la unidad ejecutora y no el inciso –que parecería ser la propuesta que, en mayoría, plantea el Tribunal de Cuentas–, ¿resolvería el tema y no tendríamos que votar una excepción al artículo 46 del Tocaf? Es la segunda consulta que quisiera que se me aclarara. ¿Sería únicamente para ASSE o debería interpretarse que es para toda la Administración? No es lo mismo, porque si eso no se puede hacer exclusivamente para ASSE estamos de vuelta con un problema. Una cosa es que podamos reconocer un problema en ASSE y en el Ministerio de Salud Pública, y otra es generalizarlo para la Administración en donde puede ocasionar falta de control de lo que es el conflicto de intereses que, de alguna manera, se quiere evitar. Entonces, me gustaría escuchar alguna reflexión en ese sentido para ir formándome una opinión, que no tengo todavía.

Esta interpretación, ¿debería ser legal o, como ha sido hasta ahora, del propio tribunal? ¿Se resolvería el tema con una interpretación del tribunal o debería establecerse expresamente, vía legal, que la Administración contratante es la unidad ejecutora y no el inciso? Si eso es así, quisiera saber si no deberíamos establecer alguna excepción en el artículo 46, concepto que ya he citado.

Me gustaría escuchar opiniones al respecto para ir avanzando en lo que puede ser la problemática que se nos presenta en ASSE.

SEÑOR AUMENTO.- La última modificación al artículo 46 se hizo en el año 2011 a través de la Ley n.º 18834. No sería temerario decir al señor senador que, a mi juicio, el tribunal no controlaba el cumplimiento del artículo 46 del Tocaf hasta mediados del 2016. El tema central, a mi juicio, surgió cuando ASSE le hizo la consulta al tribunal sobre el tema de la empresa SIEM, que es de dominio público. Este interpretó que la Administración contratante era el inciso. En mi opinión, reitero, hasta ese momento el tribunal no controlaba la aplicación del artículo 46 a lo largo y ancho de la Administración pública. A raíz de la interpretación que hizo el tribunal en esa oportunidad al evacuar una consulta de ASSE, ocurrió lo que ocurrió. Ya dije que no sería buena una excepción para ASSE; en la opinión de la mayoría del tribunal no sería bueno pero, a veces, es necesaria porque ASSE es un inciso muy particular que cuenta con más de ochenta unidades ejecutoras y con una casuística muy grande, y si la idea es evitar un conflicto de intereses –con tantas cooperativas médicas, tantos médicos, tantas funciones jerárquicas, tantos tipos de contrataciones y vinculaciones laborales de todo

tipo y color–, y además no dejar de lado la transparencia en el proceso, por supuesto que el Parlamento podría hacerlo, y hasta sería legítimo y saludable, más allá de que, según los que saben de técnica legislativa, las excepciones no son del todo saludables.

Creo que sí, señor senador, que la modificación se tendría que hacer por la vía legal. En mi opinión, si un órgano colegiado de siete miembros como el Tribunal de Cuentas cambia, podría cambiar el criterio y entonces volveríamos para atrás. Es más, adelanté que si leo las argumentaciones de los dos connotados especialistas en derecho administrativo que dicen que el tribunal no estuvo acertado en esa interpretación, estoy dispuesto a cambiar ya mi posición. Pero no importa lo que pienso, el tribunal puede cambiar su integración en cualquier momento, cuando cambie la Asamblea General. Los otros siete miembros pueden interpretarlo de distinta forma: por unanimidad, por mayoría, etcétera. Entonces, sí entiendo que sería bueno que esto se disponga a texto expreso a los efectos de que, dado que siempre se puede interpretar todo –eso es cierto–, cuanto más claro sea, se dará menos lugar a las distintas interpretaciones. Por lo tanto, me parece que la forma correcta es cambiar la norma.

SEÑOR HEBER.- En el caso de que hubiera una interpretación legal acerca de quién es la Administración contratante, me pregunto si al generar una excepción al artículo 46 estaríamos ahorrando algo. Pregunto si eso es factible.

En segundo lugar, quiero decir que me parece muy importante esto último que dijo el señor ministro Gallinal en cuanto al tema de las declaraciones juradas. Si aumentamos las penas a la infracción del conflicto de intereses, o sea, si en realidad se aplica lo que de alguna manera está establecido, podemos cuidarnos más de ese conflicto de intereses. Me pareció entender que eso no es de uso. Si ampliamos la posibilidad e interpretamos que la Administración contratante es la unidad ejecutora, me parecería correcto –estoy razonando en voz alta– aumentar los controles de las declaraciones juradas y de las infracciones de las personas que efectivamente participan de un conflicto de intereses. No sé si me explico. Las dos cosas deberían estar acompañadas a fin de darnos las garantías del caso. Si vamos a tomar la actitud de atender a una situación especial, deberíamos endurecer bastante las infracciones que generan un conflicto de intereses en la Administración. Creo que se trata de dos lados de una misma moneda.

SEÑOR GALLINAL.- A mi juicio –y creo que es una opinión compartida– si se sustituye «Administración contratante» por «unidad ejecutora» no resolvemos el problema, porque también lo tendrá la unidad ejecutora. Ahora recibimos esta consulta y hemos señalado que sería mucho mejor que estudiemos profundamente el tema para lograr una solución más abarcativa. La solución es la prevista en el inciso propuesto, porque ahí se eliminan los conflictos de intereses. Aclaro que, en mi opinión, se presenta un problema mucho más grave, porque la solución que se está dando es flexibilizar al máximo, entonces, vamos a tener muchos más problemas del otro lado. No sé si me hice entender, señor senador. Solamente con cambiar la expresión «Administración contratante» no resolvemos el tema porque, repito, el mismo problema se le presenta al hospital. Sí lo resolvemos con el inciso propuesto que, después FEMI terminó pidiendo que ese mismo inciso se aplicara a toda la Administración. Me parece que entramos en una suerte de libertad de accionamiento sin garantías que no corresponde.

Insisto, el tema se resuelve con ese inciso, no lo comparto porque me parece que vamos a tener más problemas, pero es la solución que hasta hoy se ha planteado.

SEÑOR AUMENTO.- El señor senador Heber planteó una segunda inquietud sobre el tema de las declaraciones juradas. Efectivamente, entiendo que se puede especificar mejor las declaraciones juradas para equilibrar el riesgo. Hoy, conversando con el ministro Gallinal –en una comisión general que tuvimos hace un rato– esgrimía esa razón y le señalé que la mayoría de los oferentes cuando hacen una declaración jurada que no entra en la incompatibilidad del artículo 46, por supuesto que lo hacen de buena fe, porque es un principio rector en la Administración pública pero, además, desconocen la interpretación que pueda tener el Tribunal de Cuentas en una circunstancia dada. Porque la persona podrá decir: yo, Menganito de Tal, Cédula de Identidad tal, declaro que tengo un contrato en la Comisión de Apoyo de ASSE y, por lo tanto, no tengo la incompatibilidad prevista en el artículo 46 del Tocaf. Es su interpretación o la de sus abogados sobre la situación, pero no necesariamente la del tribunal. Entonces, si está en la ley a texto expreso, cuanto más claro mejor, en todos los casos y en particular en el de ASSE, va a minimizar el hecho de que efectivamente esa persona no se equivocó cuando hizo la declaración, sino que la quiso fraguar.

SEÑOR MICHELINI.- Sea cual sea.

SEÑOR AUMENTO.- Sí, señor senador.

Ahora, ¿por qué ese oferente que se presenta y hace esa declaración jurada debería tomar la posición del tribunal sobre lo que establece el artículo 46 y afirmar entonces que es incompatible su poder de contratación con el Estado? No tiene por qué saberlo, entonces, es mejor que esté establecido a texto expreso con la mayor claridad posible.

(Se suspende momentáneamente la toma de la versión taquigráfica).

SEÑOR GALLINAL.- Quisiera hacer una aclaración.

(Dialogados).

–Con respecto a la declaración jurada, quizá no me hice entender. La declaración jurada no es un problema del que la hace ni del Tribunal de Cuentas. Nosotros no abrimos los sobres de las declaraciones juradas para ver qué dijo el oferente. La declaración jurada es un problema del Poder Judicial.

Cuando una persona realiza una declaración jurada y esta puede resultar falsa o no estar de acuerdo con la verdad, quien se va a pronunciar sobre el tema no será el Tribunal de Cuentas –nunca jamás lo hacemos–, sino que será el Poder Judicial. Por eso es que sostengo que profundizar en el tema de las declaraciones juradas es una garantía más que tendría el Estado cuando se trata de parientes, de vínculos comerciales, de concubinos o de lo que sea. Muchas gracias.

SEÑOR PRESIDENTE.- Nosotros les agradecemos su exposición, que fue muy ilustrativa. También agradecemos el esfuerzo de la presidenta de traer una posición en mayoría que, por lo menos, echa un poco de luz en esta oscuridad que tenemos.

La comisión está trabajando con mucho esfuerzo tratando el artículo 46. Si bien la propuesta que hace el Tribunal de Cuentas no resuelve todos los problemas, la propuesta en mayoría por lo menos le da un alcance de interpretación diferente al término «Administración contratante».

Realmente les agradecemos sus aportes que son de mucha utilidad. Seguiremos en contacto.

(Se retiran los representantes del Tribunal de Cuentas).

–Se levanta la sesión.

(Son las 16:07).